

dr hab. Grzegorz Materna, prof. INP PAN
Instytut Nauk Prawnych
Polska Akademia Nauk

Warszawa, 13 września 2018 r.

**Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Katarzyny Wiese
pt. Odpowiedzialność antymonopolowa pomocników kartelu”**

1. Przedmiotem rozprawy doktorskiej mgr Katarzyny Wiese jest kwestia odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu. Recenzowana praca dotyczy więc zagadnienie z zakresu prawa ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego), przy czym zakres rozważań został ograniczony do prawa konkurencji Unii Europejskiej. Wybór tego zagadnienia na temat rozprawy doktorskiej należy ocenić pozytywnie. Problematyka szczególnych form uczestnictwa w porozumieniach ograniczających konkurencję, a wśród nich swoistego „pomocnictwa”, na którym skupiła swoją uwagę mgr Katarzyna Wiese, ma wysoki potencjał badawczy. Należy przy tym do tych zagadnień, które choć zostały dostrzeżone w polskiej literaturze przedmiotu (najobszerniej w: M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Warszawa 2013), to nie doczekały się jeszcze szczegółowego, monograficznego opracowania. Zarazem, badane zagadnienie ma istotny wymiar praktyczny. Uznanie bowiem przez Komisję Europejską i zaakceptowanie przez sądy unijne, że sformułowany w art. 101 (1) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: **TFUE**) zakaz porozumień ograniczających konkurencję odnosi się nie tylko do przedsiębiorstw bezpośrednio uczestniczących w porozumieniu ograniczającym konkurencję, ale również do tytułowych „pomocników kartelu”, rozszerza krąg uczestników obrotu rynkowego mogących stać się adresatami decyzji Komisji Europejskiej. Ponieważ taka linia orzecznicza jest sama w sobie względny *novum*, bezsprzecznie istniała potrzeba opracowania monograficznego podejmującego próbę analizy zagadnienia i formułującego ocenę tej praktyki orzeczniczej oraz ewentualne postulaty zmian. Powyższe potwierdza zasadność wyboru tematu rozprawy doktorskiej przez mgr Katarzynę Wiese.

2. Niezależnie od powyższej pozytywnej oceny, tytuł rozprawy daje zarazem podstawy do sformułowania uwagi krytycznej. Został on sformułowany w sposób maksymalnie zwięzły, co samo w sobie zasługuje na pozytywne odnotowanie. Niestety w efekcie tego zabiegu tytuł

rozprawy nie jest precyzyjny i może wprowadzać czytelnika w błąd. Moje zastrzeżenie rodzi brak wyraźnego sprecyzowania, że rozprawa ogranicza się do analizy prawa Unii Europejskiej (zostało to podkreślone dopiero w treści pracy, w rozdziale pierwszym, na s. 16). U czytelnika może to rodzić uzasadnione oczekiwania, że rozprawa dotyczy odpowiedzialności antymonopolowej np. w świetle całego polskiego systemu prawa konkurencji, czyli nie tylko w świetle norm prawa unijnego, ale i w świetle zakazu porozumień ograniczających konkurencję sformułowanego w krajowym prawie konkurencji (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów; Dz.U. z 2018 r., poz. 798) (dalej: **Ustawa**). Na marginesie dodam, że z perspektywy osób stosujących prawo konkurencji w Polsce, a przede wszystkim przedsiębiorców działających na obszarze Polski, rozprawa miałaby dodatkowy walor w przypadku sformułowania w niej wniosków co do podstaw odpowiedzialności pomocnika kartelu nie tylko na gruncie art. 101(1) TFUE, ale też na gruncie zakazu antykonkurencyjnych porozumień sformułowanego w art. 6 Ustawy. Pozwalałaby bowiem określić z większą pewnością, czy odpowiedzialność „pomocników kartelu” jest możliwa na gruncie Ustawy. Wydaje się zarazem zbytnim uproszczeniem stanowisko Autorki (pozostawione bez uzasadnienia), że „wnioski płynące z przeprowadzonej w pracy analizy będą całkowicie aktualne także w kontekście stosowania prawa konkurencji na poziomie krajowym” (s. 20).

3. Konstrukcję pracy należy zasadniczo uznać za logiczną i spójną. Rozprawa składa się z sześciu rozdziałów. Pierwszy z nich pełni funkcję wprowadzenia, które daje czytelnikowi pojęcie o toku całej rozprawy. Ostatni rozdział ma zaś formę podsumowania, w którym prezentowane są wnioski i postulaty. Zaproponowany układ pracy jest czytelny. Napomknąć trzeba jedynie o usterce co do numeracji jednostek redakcyjnych w rozdziale trzecim. Podrozdziały nr 3.3 oraz nr 3.4 rozpoczynają się od – odpowiednio – punktu 3.3.2 i 3.4.2. Brakuje zaś punktów 3.3.1 i 3.4.1.

4. W tym miejscu odnieść się należy do treści poszczególnych części recenzowanej rozprawy doktorskiej. W **rozdziale pierwszym** Autorka omawia przedmiot badań, obszary i metody badawcze, uzasadnia wybór literatury oraz przedstawia hipotezy badawcze. Nie budzi przy tym wątpliwości wybór metod badawczych: w przeważającej mierze metody dogmatycznoprawnej, teoretycznoprawnej oraz analizie orzecznictwa. Dużym walorem tej początkowej części rozprawy jest szerokie uzasadnienie wagi podjętej przez Autorkę problematyki. Mgr Katarzyna Wiese trafnie wpisuje rozważania nad problematyką antymonopolowej odpowiedzialności pomocnika kartelu (wciąż będącą w prawie UE pewnym

novum) w szerszy kontekst zmian modelu prowadzenia działalności gospodarczej, związanych z rozwojem nowych technologii oraz w kontekście dyskusji o potrzebie reformy unijnego prawa konkurencji (s. 10-13). Taka perspektywa jest jak najbardziej uprawniona. Rzeczywiście, pomimo tego, że koncepcja antymonopolowej odpowiedzialności pomocnika kartelu wypracowana została w sprawach dot. karteli na tradycyjnych rynkach, to w warunkach upowszechnienia wykorzystania nowych technologii wspomagających osiągnięcie antykonkurencyjnych celów, zasadnym jest przynajmniej rozważanie – jak ma to miejsce w recenzowanej pracy – wykorzystania tej koncepcji wobec dostawców rozpatrywanych rozwiązań IT.

5. Autorka przekonująco zarysowała perspektywę istotnej roli podmiotów dostarczających rozwiązania IT przedsiębiorstwom, wykorzystujących je do praktyk ograniczających konkurencję. Wskazać należy, że z jej rozważań jednoznacznie wynika, że identyfikowany przez nią problem „technologicznego pomocnictwa” dotyczy zarówno pomocnictwa na rzecz karteli, jak i na rzecz podmiotów stosujących praktyki jednostronne (s. 12).

6. W tym miejscu należy odnotować, że w rozdziale pierwszym Autorka nie ustrzegła się pojedynczych wpadek merytorycznych, jak np. utożsamienie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z tzw. Traktatem Lizbońskim (s. 10, przypis 1). Tymczasem Traktat z Lizbony to traktat rewizyjny, który dokonywał zmian w obowiązującym już wówczas Traktacie o Unii Europejskiej oraz Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, dokonując m.in. zmiany nazwy tego ostatniego na Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (szerzej, np. J. Barcz, Przewodnik po Traktacie z Lizbony, Warszawa 2008, s. 41).

7. Innym błędem jest utożsamianie w tym rozdziale pojęcia „kartel” oraz „porozumienie horyzontalne” (na s. 16 Autorka pisze, że porozumienia horyzontalne to „porozumienia pomiędzy konkurentami, które powszechnie uważane są za najpoważniejsze naruszenia reguł konkurencji i nazywane kartelami”). Nie jest to ścisłe ujęcie. Pojęcie kartelu nie zostało wprawdzie zdefiniowane na poziomie traktatowym, ale definicję jego sformułowano w tzw. dyrektywie *private enforcement* (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego). W jej świetle kartele to „porozumienia lub uzgodnione praktyki co najmniej dwóch konkurentów zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez takie praktyki, jak — choć niewyłącznie — ustalanie lub koordynowanie cen nabycia lub sprzedaży

lub innych warunków transakcji handlowych, w tym odnośnie do praw własności intelektualnej, ustalanie poziomu produkcji lub sprzedaży, podział rynków i klientów (w tym zmowa przetargowa), ograniczenia przywozu lub wywozu lub działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom” (art. 2 pkt 14 ww. dyrektywy). Poza kartelami, wśród porozumień horyzontalnych można wymienić również porozumienia kooperacyjne, np. w sprawie badań i rozwoju (art. 1 ust. 1 lit. a. Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych). Powyższy błąd tylko do pewnego stopnia łagodzi fakt, iż w dalszych rozdziałach mgr Katarzyna Wiese identyfikuje pewne szczególne cechy kartelu, jak np. niestabilność oraz deficyt zaufania między jego uczestnikami (s. 64). Należy stąd wnioskować, że ww. błąd powstał jedynie z powodu nieuwagi.

8. Poza powyższymi mankamentami, należy wyrazić żal, że w tym pierwszym rozdziale nie zostały zebrane wszystkie ewentualne wyjaśnienia terminologiczne w zakresie pojęć używanych przez Autorkę. Co prawda wyjaśnienia takie można znaleźć w rozprawie, są jednak rozproszone w różnych miejscach rozprawy, co utrudnia lekturę (np. dopiero na s. 35 wyjaśnione są motywy zastąpienia w rozprawie unijnego pojęcia „przedsiębiorstwo” pojęciem „przedsiębiorca”).

9. W **rozdziale drugim** Autorka przedstawia zarys unijnego prawa konkurencji. W zakresie niezbędnym do dalszego prowadzenia wywodu, przedstawia cele prawa konkurencji, źródła unijnego prawa konkurencji, podmiotowy i przedmiotowy zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję określonego w art. 101(1) TFUE, a także zasady publicznoprawnego egzekwowania unijnego prawa konkurencji i sankcje za naruszenie traktatowych zakazów praktyk antykonkurencyjnych.

10. W tym rozdziale pewien mój niedosyt budzi fakt, iż pomimo użycia w tytule pracy pojęcia „kartel”, Autorka nie odniosła się do tego pojęcia, nie omówiła jego zakresu znaczeniowego, poprzestając na omówieniu pojęcia „porozumienia” (szerszego, a nie tożsamego z pojęciem „kartel”). Byłoby to wskazane, skoro tytuł odnosi się do pojęcia „kartel”, a Autorka wyjaśnia w innych miejscach rozprawy, że kartele są jedną z kategorii porozumień ograniczających konkurencję. Poza tym nie rozumiem, dlaczego omawianie „sankcji publicznoprawnych” (s. 51 i nast.) Autorka ograniczyła do kar finansowych. Za sankcję publicznoprawną uznać należałoby tymczasem również np. nakaz zaprzestania naruszenia przez przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw oraz nałożenie środków zaradczych o

charakterze behawioralnym lub strukturalnym, do czego Komisja Europejska jest uprawniona na mocy art. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

11. **Rozdział trzeci** stanowi bardzo szczegółowe omówienie tych dotychczasowych decyzji Komisji Europejskiej i rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE, które dotyczyły kwestii przypisania odpowiedzialności antymonopolowej za naruszenie art. 101(1) TFUE także przedsiębiorstwu pełniącemu rolę tytułowego „pomocnika kartelu”. W tym rozdziale Autorka trafnie tłumaczy specyfiką wykładni prawa UE powód, dla którego analizę zagadnienia odpowiedzialności antymonopolowego pomocnictwa prowadzi wyłącznie na gruncie prawa unijnego, w oderwaniu od rozwiązań funkcjonujących w krajowych systemach prawnych. Następnie Autorka analizuje w całości dotychczasowy dorobek orzeczniczy wiążący się z kwestią odpowiedzialności pomocnika kartelu na gruncie art. 101(1) TFUE, skupiając się zasadniczo na elementach uzasadnień rozstrzygnięć niezbędnych do znalezienia odpowiedzi na pytanie co do sposobu rozumienia pojęcia „pomocnictwo do kartelu” i ustalenia okoliczności faktycznych, które – w świetle orzecznictwa – mogą w konkretnym przypadku decydować o przypisaniu przedsiębiorstwu pełniącemu funkcję pomocniczą wobec członków kartelu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

12. Niewątpliwym walorem tej części pracy jest dokonana przez Autorkę kategoryzacja dotychczasowych spraw, w których wystąpił element odpowiedzialności pomocnika kartelu, a także przedstawienie szczegółowych wykazów zachowań, w jakich – w świetle orzecznictwa – wyraża się istota instytucji pomocnictwa kartelowego. Ułatwia to uświadomienie sobie, jak szeroki i różnorodny jest katalog aktywności, które Komisja Europejska skłonna jest traktować jako pomocnictwo w kartelu, a przez to – jako naruszenie art. 101(1) TFUE.

13. Opierając się na orzecznictwie Autorka wskazuje na możliwość wyodrębnienia trzech grup takich spraw. Do pierwszej kategorii spraw Autorka zaliczyła działania określane w pracy mianem „pomocnictwa w sensie ścisłym”. Autorka zalicza do nich przypadki przypisania odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorstwu, które nie prowadzi działalności gospodarczej na rynku właściwym (rynku, na którym dochodzi do naruszenia), tylko ułatwia kartelistom (przedsiębiorstwom na tym rynku działającym) realizację antykonkurencyjnych celów kartelu poprzez np. monitorowanie i kontrolę dostosowywania się przez nich do uzgodnień (jak w sprawie *Italian Cast Glass*, s. 65 i nast.), organizację spotkań i koordynację wymiany informacji i dokumentów między kartelistami (jak w sprawie *AC-Treuhand I*, s. 67 i nast. oraz w sprawie *AC-Treuhand II*, s. 80 i nast.); wpływanie na działania przedsiębiorstw

niebędących uczestnikami porozumienia (jak w sprawie RP Martin, s. 93 i nast. oraz w sprawie ICAP, s. 98 i nast.). Drugą kategorią omawianych spraw są porozumienia typu *hub-and-spoke*. Autorka zidentyfikowała wśród tego typu porozumień sprawy, w których jednego z uczestników potraktowano w orzecznictwie jako pomocnika kartelu. Autorka słusznie oddziela tę kategorię pomocników od „pomocnictwa w sensie ścisłym”, podkreślając że ich odpowiedzialność antymonopolowa nie wzbudza tylu wątpliwości. Odrębnie Autorka omawia zagadnienie biernego uczestnictwa w kartelu (uczestnictwa w spotkaniach kartelowych bez wyrażania wyraźnego stanowiska i bez realizacji w praktyce poczynionych na tych spotkaniach ustaleń). W świetle orzecznictwa bierny udział wspomaga właściwych (aktywnych) kartelistów, przez upewnieniu ich o braku sprzeciwu dodatkowego uczestnika rynku wobec ich inicjatyw. Omawianie tej kategorii jest także uzasadnione z uwagi na to, że koncepcja odpowiedzialności biernego uczestnika kartelu jest w orzecznictwie wykorzystywana do uzasadnienia odpowiedzialności za „pomocnictwo w sensie ścisłym”.

14. Zgadzam się z argumentami na rzecz wyróżnienia wymienionych trzech kategorii pomocnictwa kartelowego. Nie przekonuje mnie jednak teza Autorki, że również Komisja Europejska dostrzega określonych uczestników spraw typu *hub-and-spoke* za mających status antymonopolowego pomocnika. Autorka wysuwa taki wniosek z faktu przywołania w uzasadnieniu jednej (COMP/AT.39847 E-Books) decyzji sprawy AC Treuhand I (s. 121 rozprawy). Decyzja ta jednak została przywołana wyłącznie dla wskazania, że rynek, na którym działa członek porozumienia, nie musi być tożsamy z rynkiem, na którym materializuje się kwestionowana praktyka (por. pkt 68 decyzji w sprawie COMP/AT.39847 E-Books).

15. Na podstawie przeanalizowanych spraw Autorka identyfikuje wypracowane w orzecznictwie kryteria przypisania pomocnikowi kartelu odpowiedzialności za naruszenie art. 101(1) TFUE, trafnie zauważając, że są bardzo szerokie (s. 143). Istotnym wnioskiem przeprowadzonych przez Autorkę analiz jest ten, iż pomocnik kartelu dla pociągnięcia go do odpowiedzialności na podstawie art. 101(1) TFUE nie musi prowadzić działalności gospodarczej na rynku właściwym, na który oddziałuje wspierane przez niego porozumienie ani na rynku powiązonym, a także, że odpowiedzialność pomocnika kartelu nie zależy od odczuwalności przyczynienia się do realizacji celu kartelu (s. 114). To niewątpliwie rozszerza zakres odpowiedzialności pomocnika kartelu.

16. Nie w pełni klarowne są dla mnie wywody mgr Katarzyny Wiese dotyczące szczególnej – w sprawach dot. pomocników kartelu – interpretacji pojęcia „porozumienie”. Według Autorki pojęcie to rozumie się „mniej jako nieformalną, szeroko rozumianą umowę, a bardziej

abstrakcyjnie, jako pewną całość, efekt, do którego osiągnięcia poszczególni przedsiębiorcy przyczyniają się poprzez swoje 'wkłady' ” (s. 143). W świetle dalszego toku wyводу, Autorce wydaje się chodzić o to, iż o ile udział w kartelu jego „właściwych” uczestników wynika ze wspólnych ustaleń co do podejmowania lub niepodejmowania działań na danym rynku właściwym, to udział w kartelu pomocnika wynikać może z uzgodnień zawartych odrębnie od tych, które dały początek kartelowi, a także mających od nich inną treść (nie odnoszącą się do wspólnego zachowania na rynku, tylko ustalających dla pomocnika zadania, które ułatwią realizację celu pierwotnych uzgodnień). Ogólnie rzecz biorąc, zawartą na końcu rozdziału trzeciego (s. 141-146) krytyczną analizę wypracowanych w orzecznictwie podstaw odpowiedzialności pomocników kartelu oceniam jako bardzo interesującą, nawet jeżeli nie w pełni podzielam wszystkie formułowane zastrzeżenia. Podzielam np. wątpliwości Autorki co do opierania rozszerzonej interpretacji pojęcia „porozumienia” (prowadzącej do odpowiedzialności pomocników kartelu) na koncepcji jednolitego i ciągłego naruszenia (s. 143-144). Nie podzielam natomiast m.in. stwierdzenia, że przyjęta koncepcja pomocnika „odrywała analizę antymonopolową od jej ekonomicznych korzeni” przez to, że bez znaczenia jest to, na jakim rynku działa skarżony pomocnik kartelu (s. 144). Komisja nie została przecież zwolniona z konieczności wykazania, że celem lub skutkiem kartelu, który dany pomocnik wspiera, jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku właściwym. Jeżeli to zostanie wykazane, można dojść do logicznego wniosku, że działania pomocnika wspierające (ułatwiający, organizujący etc.) kartel, przyczyniają się do zakłócenia konkurencji na rynku właściwym. Nie podzielam też zarzutu, jakoby przyjęta przez Komisję koncepcja odpowiedzialności pomocników świadczyła o „zapomnieniu, jakie wartości leżą o podstaw zakazów”, tj. że „prawo konkurencji ma (...) zapewniać, by przedsiębiorcy pomimo związanego z tym ryzyka wystawiali się na rywalizację rynkową” (s. 144). Według mnie próby pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotów ułatwiających przedsiębiorstwom zawieranie karteli i realizowanie ich założeń świadczyć może wręcz o tym większej determinacji Komisji, by utrudnić działanie tych, którzy chcą zaniechać „ryzyka wystawiania się na rywalizację rynkową”.

17. Na koniec części recenzji dotyczącej rozdziału trzeciego rozprawy pragnę wyrazić jeszcze jedno zastrzeżenie. Dotyczy ono samego sposobu prezentacji badań w recenzowanej rozprawie polegającego na przedstawieniu praktyki orzeczniczej Komisji i sądów poprzez drobiazgowo omawianie każdej z kilkunastu analizowanych spraw odrębnie, według formuły: (a) omówienie stanu faktycznego, (b) omówienie uzasadnienia prawnego decyzji Komisji

Europejskiej, (c) wyjaśnienie kwestii nałożonej na przedsiębiorstwo kary pieniężnej, (d) omówienie wyroku pierwszej instancji – wraz z odrębnym omówieniem głównych zarzutów skarżącego, stanowiska Komisji Europejskiej i oceny sądu, (e) przedstawienia stanowiska Rzecznika Generalnego, (f) omówienia wyroku TSUE, (g) podsumowania sprawy. Powstał w ten sposób najdłuższy w całej pracy rozdział, do pewnego stopnia bliższy formule zbioru głos. Oczywiście przedstawienie najważniejszych elementów stanów faktycznych analizowanych spraw było zasadne, wobec różnorodności okoliczności, które w poszczególnych przypadkach decydowały o zastosowaniu koncepcji kartelowego pomocnictwa. W rozprawie doktorskiej należałoby jednak oczekiwać omówienia orzecznictwa w bardziej syntetycznym ujęciu.

18. Kluczową częścią rozprawy jest **rozdział czwarty**. Stanowi on rozbudowaną analizę koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu. W tym rozdziale Autorka analizuje, czy adresem sformułowanego w art. 101(1) TFUE zakazu może być wyłącznie przedsiębiorstwo bezpośrednio realizujące znamiona deliktu, czy także podmiot samodzielnie nie realizujący znamion deliktu, ale pośrednio przyczyniający się do naruszenia. Rozważania Autorki dotyczą tego, czy wobec faktu, że zarówno art. 101 TFUE, jak i inne przepisy unijnego prawa konkurencji (traktatowe lub wynikające z prawa wtórnego) nie zawierają w tym zakresie żadnej konkretnej wskazówki, istnieją podstawy do przyjęcia tzw. unitarnej koncepcji sprawstwa, zgodnie z którą zakresem zastosowania art. 101 TFUE objęte są wszelkie formy uczestnictwa w delikcie. Autorka przedstawia przekonujące argumenty co do braku takich podstaw, odwołując się przy tym do doktryny niemieckiej, brytyjskiej i polskiej. Następnie przedstawia własne stanowisko co do właściwej – w kontekście odpowiedzialności pomocników kartelu – wykładni przesłanek odpowiedzialności za naruszenie art. 101(1) TFUE. W tym aspekcie słusznie Autorka skupia się wpieryw na analizie pojęcia „porozumienia”, koncepcji tzw. „jednolitego i ciągłego naruszenia” oraz – wykorzystywanej w prawie unijnym do uzasadnienia odpowiedzialności pomocników kartelu – koncepcji biernego uczestnictwa w porozumieniu. Podzielam krytyczne spostrzeżenia i obawy Autorki, że konsekwencją stanowiska Komisji i sądów, iż „porozumienie może się przejawiać nie tylko w skoordynowaniu działań, wyłączającym działanie mechanizmów rynkowych lub zafałszującym ich wyniki, ale także w każdej innej czynności, która wspiera zaistnienie koluzji” może być to, że „w zasadzie każde, dowolnie odległe przyczynienie się do cudzego porozumienia może stać się podstawą odpowiedzialności antymonopolowej” (por. s. 163). Zgadzam się z zastrzeżeniem Autorki, że „nadmiernie rozszerzająca” wykładnia art. 101(1) TFUE, jaka ustaliła się w związku z

odpowiedzialnością pomocnika kartelu, nie powinna być dopuszczalna szczególnie w aspekcie tego, że regulacja antymonopolowa przewiduje surowe sankcje finansowe (s. 158).

19. W kolejnym fragmencie (podrozdz. 4.4) Autorka przeanalizowała wynikającą z orzecznictwa przesłankę przyczynienia się pomocnika kartelu do realizacji jego antykonkurencyjnych celów, a następnie przedstawiła interesujące postulaty korekty testu odpowiedzialności pomocnika kartelu. Na uznanie zasługuje pragmatyczne podejście Autorki, która z jednej strony kwestionuje – na gruncie obowiązujących przepisów – generalną zasadę odpowiedzialności pomocników kartelu, ale z drugiej uznając, że perspektywy odejścia od tej zasady są nikłe, proponuje korektę stosowanego obecnie testu odpowiedzialności pomocnika usuwającą podstawowe jego mankamenty. Zgadzam się zarazem z postulatem stosowania dodatkowej przesłanki jakościowej (odczuwalności przyczynienia się do realizacji celów kartelu), która wyeliminowałaby ryzyko, że skutek nieostrości obecnych przesłanek odpowiedzialności pomocnika kartelu, zarzuty na gruncie art. 101(1) TFUE będą adresowane do dostawców narzędzi lub usług, które tylko pośrednio przyczyniają się do realizacji celów kartelu. Uzasadniając potrzebę wypracowania takiego kryterium Autorka podaje, za literaturą przedmiotu, przemawiające silnie do wyobraźni przykłady profesji, których działania mogłyby być w świetle aktualnego orzecznictwa, uznane za pomocnictwo w kartelu: taksówkarza wiozącego przedstawicieli przedsiębiorstw na spotkanie kartelowe, prawnika prowadzącego szkolenie z zakresu *compliance*, czy zarządcę hotelu, w którym spotykają się członkowie kartelu (s. 186-187). Na tym tle interesująco brzmi propozycja wprowadzenia do „tekstu pomocnika kartelu” kryterium polegającego na ocenie, czy „dane działania pomocnika rozwiązują istotny, immanentny dla struktur kartelowych problem związany z jego zawiązaniem bądź funkcjonowaniem lub też pomagają przewyciężyć problem, którego uczestnicy kartelu sami nie byłiby w stanie usunąć, a w każdym razie nie równie efektywnie” (s. 191). Uważam tę propozycję za interesujący punkt wyjścia do dalszych rozważań. Niewątpliwie rozwiązałyby ona problem zbyt szerokiego spektrum potencjalnie zagrożonych odpowiedzialnością antymonopolową. Obawiam się jednak, że ograniczenie problemu nieostrości przesłanek odpowiedzialności wymagałoby co najmniej przygotowania kompleksowego aktu *soft-law* wiążącego Komisję.

20. Kolejne części rozdziału czwartego Autorka poświęciła na analizę subiektywnej przesłanki odpowiedzialności pomocnika kartelu i ocenę stanowiska organów w tej kwestii (podrozdz. 4.5) oraz na rozwinięcie zasygnalizowanych już wcześniej zastrzeżeń odnośnie do przyjętego w orzecznictwie modelu odpowiedzialności pomocnika kartelu w kontekście

ekonomicznego podłoża prawa konkurencji (podrozdz. 4.6). Wywody w nich zawarte, wykorzystujące szeroko literaturę przedmiotu, nie budzą zastrzeżeń. Swoją wagę mają też argumenty przedstawione w części poświęconej kwestii naruszenia zasady określoności prawa (podrozdz. 4.7).

21. Szczególny walor nadają pracy rozważania zawarte w **rozdziale piątym**, poświęconym ocenie możliwości wykorzystania koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu jako odpowiedzi na problem wykorzystania nowych technologii w sposób ograniczający konkurencję. Ujęcie tego zagadnienia w pracy poświęconej antymonopolowej odpowiedzialności pomocnika uważam za bardzo dobry pomysł. W istocie bowiem upowszechnienie nowych technologii jest z jednej strony motorem rozwoju gospodarczego, pozwala na rozwój nowych kanałów dystrybucji (handel elektroniczny) i powstawanie nowych modeli biznesowych, a z drugiej strony – stanowi poważne wyzwanie dla organów powołanych do ochrony konkurencji. Rosnąca digitalizacja biznesu ujawnia nowe modele działania przedsiębiorstw, które niekiedy okazują się trudne do wpasowania w tradycyjnie ukształtowaną koncepcję porozumienia ograniczającego konkurencję. W szczególny sposób dotyczy to wykorzystania algorytmów, które mogą ułatwiać zorganizowanie kartelu i monitorowanie działań kartelistów, a nawet zawieranie i utrzymywanie zmowy bez udziału człowieka (por. A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition*, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper CCLP (L) 40; M. Mleczko, *Meeting of algorithms: rethinking the current approach to anti-competitive agreements and concerted practices*, 5.01.2018, www.antitrust.pl).

22. Mgr Katarzyna Wiese trafnie wychwyciła to jedno z najbardziej aktualnych zagadnień prawa antymonopolowego, rzetelnie je omawiając (podrozdz. 5.1) i podejmując się analizy możliwości zastosowania koncepcji odpowiedzialności pomocnika kartelu jako środka pozwalającego na przeciwdziałanie wykorzystywaniu algorytmów dla antykonkurencyjnych celów (s. 228). Analizowanie zagadnień związanych z wykorzystaniem algorytmów w rozprawie dotyczącej koncepcji antymonopolowej odpowiedzialności pomocnika kartelu jest uzasadnione. W literaturze przedmiotu podkreśla się bowiem, że dostarczane przez podmioty zewnętrzne wysoce specjalistycznych narzędzi informatycznych może w decydującym stopniu przyczynić się do zawarcia i utrzymywania antykonkurencyjnych porozumień, jak również do realizacji celów antykonkurencyjnych za pomocą praktyk jednostronnych.

23. Uwzględniając aktualną linię orzeczniczą Autorka konsekwentnie kreśli warunki, przy jakich spełnieniu do odpowiedzialności antymonopolowej zostałyby pociągnięci pomocnicy,

których udział w realizacji antykonkurencyjnej praktyki polega na dostarczaniu rozwiązań informatycznych. Autorka wyraża też obawy które podzielam, że szeroka interpretacja wypracowanych w orzecznictwie przesłanek odpowiedzialności pomocnika (karanie dostarczającego narzędzia tylko potencjalnie zdolne do wpływania na stan konkurencji, bez takiego zamiaru po stronie dostawcy) niosłaby ze sobą „ryzyko utrudnienia rozwoju nowych technologii oraz utraty wynikających z nich korzyści dla konsumentów”, gdyż „twórcy innowacyjnych narzędzi cyfrowym mogliby (...) obawiać się, iż zostaną one wykorzystane wbrew ich woli dla celów sprzecznych z regułami konkurencji, co ściąganie na nich odpowiedzialność jako pomocników kartelu, pomimo iż faktycznie, dostarczając określonego narzędzia, nie mieli oni zamiaru przyczynienia się do żadnych antykonkurencyjnych praktyk” (s. 231). W podsumowaniu Autorka proponuje jednak „powściągliwość organów w przypisywaniu odpowiedzialności twórcom narzędzi cyfrowych” (s. 235). Ten postulat współgra z wyrażanym w innych miejscach rozprawy wyważonym stanowiskiem Autorki, że jakkolwiek istnienie podstaw, na gruncie art. 101(1) TFUE, odpowiedzialności kartelowego pomocnika jest wątpliwe (m.in. s. 236 i nast.), to jednak wobec utrwalenia się tego podejścia w praktyce orzeczniczej należy postulować stosowne korekty testu odpowiedzialności pomocnika kartelu (s. 186 i nast., s. 245 i nast.).

24. Rozprawę zamyka **rozdział szósty**, który stanowi skondensowane podsumowanie całej pracy oraz przedstawia wnioski płynącym z przeprowadzonej analizy materiału badawczego. Czytelnik tego rozdziału znajdzie w nim powtórzenia tez, które znajdują się we wcześniejszych częściach pracy.

25. Zgłaszane powyżej uwagi nie zmieniają **pozytywnej całościowej oceny strony merytorycznej recenzowanej rozprawy**. Pani mgr Katarzynie Wiese udało się zrealizować cele badawcze. Autorka wykazała się dobrą orientacją w tematyce prawa konkurencji, potrafiła trafnie zidentyfikować doniosłe problemy naukowe z tego zakresu, a następnie zaproponować należycie umotywowane propozycje rozwiązań.

26. Pozytywnie należy też ocenić zakres **źródeł** wykorzystanych przez Autorkę w recenzowanej rozprawie. W świetle zamieszczonej w pracy bibliografii Autorka korzystała z 130 pozycji z piśmiennictwa wzbogacone o kilkadziesiąt publikacji internetowych, oficjalnych komunikatów urzędowych oraz innych źródeł. Autorka właściwie wykorzystwała w pracy literaturę zarówno polską, jak i obcojęzyczną. Autorka co do zasady wykorzystwała podstawowe pozycje piśmiennicze z zakresu prawa antymonopolowego. Widziałbym jednak uzasadnienie dla ewentualnego rozszerzenia listy publikacji, o dodatkowe pozycje o

charakterze komentarzowym z zakresu europejskiego prawa konkurencji, takie jak: Bellamy & Child „*European Community Law of Competition*” (Oxford) i A. Jones, B. Sufin, „*EC Competition Law*” (Oxford), a także o dodatkowe pozycje monograficzne. W szczególności, biorąc pod uwagę że praca porusza kwestię wymiany informacji między informacjami, w tym w ramach tzw. porozumień „*hub-and-spoke*”, zasadne byłoby powołanie monografii dra A. Boleckiego „*Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji (między antykonkurencyjną koordynacją a prokonkurencyjną kooperacją)*” (Warszawa 2013). Rozważając różnorodne cele prawa konkurencji, można było powołać szeroko tę kwestię omawiającą monografię R. Molskiego pt. „*Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*” (Bydgoszcz-Szczecin 2008). Również problematyka określoności prawa jako zasady prawa UE, która jest jednym z kluczowych w pracy zagadnień, doczekała się opracowań monograficznych niewykorzystanych w rozprawie (J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Springer 2003). Niezależnie od wskazanych mankamentów, odnotować trzeba niewątpliwy walor pracy, za jaki uważam wyjście przez Autorkę poza swego rodzaju standard, jakim jest odwoływanie się w rozprawach naukowych głównie do pozycji literatury polsko i anglojęzycznej. Inaczej w recenzowanej pracy, gdzie na tok wywodu istotne znaczenie ma literatura prawnicza w języku niemieckim (dwadzieścia pozycji).

27. Obszernie prezentuje się również zakres wykorzystanego w rozprawie orzecznictwa. Autorka oparła się w swych badaniach na 26 decyzjach Komisji Europejskiej, 46 wyrokach Trybunału Sprawiedliwości, 37 wyrokach Sądu UE, 3 opiniach Rzecznika Generalnego, 11 wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz 2 decyzjach Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Zaznaczyć należy, że sama Autorka w treści pracy podkreśla dość ograniczoną liczbę orzeczeń, w których Komisja Europejska i sądy bezpośrednio podejmowałyby rozważania dotyczące zagadnienia odpowiedzialności antymonopolowej pomocników kartelu. W tym kontekście pozytywnie należy ocenić wychodzenie przez Autorkę – dla poparcia dowodzonych tez – poza to ograniczone liczebnie orzecznictwo.

28. Na koniec analizy strony formalnej recenzowanej rozprawy wskazać trzeba, że Autorka nie ustrzegła się pewnej liczby potknięć językowych (na s. 59 kolokwialne: „ciągnącej się pomocy prawnej”, zamiast np. długotrwałej pomocy prawnej; na s. 90: „Trybunał faktycznie wyrzekł zgodnie z jego sugestią”, zamiast np. „rozstrzygnął”; na s. 92: „rola AC Treuhand była blisko niezbędna dla funkcjonowania...”, zamiast np. „niemal niezbędna”; na s. 109: kolokwialne „Komisja śmiało ponownie odwołałaby się...”; na s. 112: publicystyczne

„przejście Komisji do pozycji ofensywnej”; na s. 114 niejasne sformułowanie: „pociąga za sobą znaczną ekspozycję.”; na s. 141: „działań rynkowych na rynkach”, zamiast np. „działalności gospodarczej na rynkach”). Poza tym Autorka nie powinna się była posługiwać w pracy pojęciem „zakaz porozumień” (np. na s. 24) gdy zakaz dotyczy nie „porozumień”, tylko „porozumień ograniczających konkurencję”. Nie można też pisać o „definicji porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE” (na s. 38) gdy pojęcie to w Traktacie w istocie nie ma swojej definicji.

29. W pracy pojawiły się też błędy ortograficzne (na s. 108: „oferta zwycięscy”), interpunkcyjne (na s. 115 brak przecinka przed słowami „z którym z perspektywy...”) oraz literówki (na s. 26: „Określone w Traktacie Rzymskim reguł rywalizacji...”; na s. 41: „...możliwość przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialność...”, na s. 44: „...pomiędzy tymi dwom.”; na s. 52: „...Unii Europejska (...) zadeklarowała...”; na s. 62: „Zgodnie z generalna zasadą...”; na s. 70: „...zawierała jako tak ograniczeń konkurencji...”; na s. 96: „wniosek obniżenie kary”; na s. 108: „wcześniejszych okrasach”; na s. 110: „kary dla pomocników stanął się...”; na s. 192 w przypisie 710: „taż”; na s. 193: „wpracowanymi”; na s. 247: „Stowarzyszeni” zamiast „Stowarzyszenia” w tytule pracy dra Boleckiego; na s. 250: „Jóźwik” zamiast „Jóźwiak”).

30. Dostrzeżone niedociągnięcia utrudniają lekturę pracy, odwracając uwagę czytającego od kwestii merytorycznych, aczkolwiek nie umniejszają innych walorów pracy. Wymieniam je również po to, aby ułatwić Autorce ich wyeliminowanie w przypadku, gdyby praca miała być przygotowywana do publikacji.

31. Podsumowując, należy uznać, że recenzowana rozprawa mgr Katarzyny Wiese stanowi oryginalne opracowanie doniosłego teoretycznie i praktycznie problemu naukowego. Wykazuje ona wiedzę teoretyczną autorki w zakresie prawa konkurencji, potwierdzając zarazem umiejętność samodzielnego prowadzenia przez niego pracy naukowej. Mając to na uwadze uważam, że recenzowana praca spełnia wymagania art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1789). W związku z tym rekomenduję dopuszczenie Pani mgr Katarzyny Wiese do publicznej obrony.